



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

**Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO**

Arauca, Arauca, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

**Proceso** : 51001-2331-000-2011-00429-00  
**Medio de control** : Reparación Directa  
**Demandante** : ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS  
**Demandado** : NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN –  
RAMA JUDICIAL

Decide la Sala la demanda incoada por ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES, ELIAS FONTECHA ORTIZ, ALEJANDRA PATRICIA FONTECHA DIAZ, ARTURO FONTECHA DIAZ, FABIOLA POVEDA ROA y EINSINEVER FONTECHA DIAZ, actuando en nombre propio y en representación de los menores NICOLAS DAVID FONTECHA y GABRIEL FONTECHA POVEDA, contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019, No. PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020 y PCSJA20-11678 de fecha 25 de noviembre de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. Pretensiones y condenas<sup>1</sup>:

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

**“PRIMERA:** Se Declare Responsable administrativa, civil y judicialmente a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, por el ostensible Error Jurisdiccional cometido a los demandantes, por la conducta grosera administrativamente e ilegal y caprichosa de los demandados, al vincular al DR. EINSINEVER FONTECHA DIAZ y su familia demandante a un proceso penal cuyo radicado en 20072128 adelantado por el Juez 3 Penal del Circuito de Villavicencio – Meta por el Delito de Concierto para Delinquir. (...).

**SEGUNDO:** Se Condene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a reconocer y pagar los perjuicios morales, materiales, daño Futuro, el daño a la vida en pareja, el daño en la vida en sociedad, causados como consecuencia del ostensible error jurisdiccional y la injusta privación de la libertad, cometido por los demandados, en suma de NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900.000.000)

Generados y tazados racionalmente de la siguiente forma:

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 7 del expediente.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

### **DAÑO MORAL:**

*Para la señora demandante: ROSA MIRYAM (sic) DIAZ CUBIDES, LA SUMA DE CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) (...).*

*Para el señor Demandante: ELIAS FONTECHA ORTIZ, LA SUMA DE CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) (...).*

*Para la señora Demandante: ALEJANDRA PATRICIA FONTECHA DIAZ, LA SUMA DE CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) (...).*

*Para el señor Demandante: ARTURO FONTECHA DIAZ, LA SUMA DE CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) (...).*

*Para la señora Demandante: FABIOLA POVEDA ROA en nombre propio y en representación de NICOLAS DAVID FONTECHA POVEDA y GABRIEL FONTECHA POVEDA, LA SUMA DE CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS (\$130.000.000) (...).*

*Para el Demandante: EINSINEVER FONTECHA DIAZ, en nombre propio y en representación de NICOLAS DAVID FONTECHA POVEDA y GABRIEL FONTECHA POVEDA, LA SUMA DE CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS (\$130.000.000) (...).*

*DAÑO EN LA RELACION DE PAREJA: la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000), por la estadía del DR. EINSINEVER FONTECHA DIAZ en el centro de reclusión, ausencia que genero (sic) un estado de zozobra y angustia en el núcleo de la familia, por la ausencia del padre y esposo durante el último período del Embarazo.*

### **DAÑO MATERIAL**

*Para la demandante ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES, la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000), por concepto de gastos varios discriminados de la siguiente forma:*

- 1. GASTOS DE ABOGADOS: VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000)*
- 2. GASTOS PARA EL RECAUDO DE EVIDENCIA FISICA Y ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000).*
- 3. GASTOS DE TRANSPORTE AUDIENCIAS Y CARCEL DISTRITAL DE VILLAVICENCIO: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000).*
- 4. GASTOS DE SALUD ADICIONALES A FAVOR DEL DR FONTECHA DIAZ: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000).*
- 5. GASTOS TRAMITE ACCIONES PÚBLICAS: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000).*
- 6. GASTOS FOTOCOPIADO DESCUBRIMIENTO PROBATORIO: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000).*

*Para el Demandante Dr. EINSINEVER FONTECHA DIAZ, la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$85.000.000), por los siguientes conceptos:*

- 1. Revocatoria de los poderes y procesos relacionados en los hechos: QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000).*
- 2. Pérdida de los procesos como consecuencia de la Medida de Aseguramiento: CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000).*

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

3. *Pérdida del Nombre Comercial: VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000).*

*Para el demandante ALEJANDRA PATRICIA FONTECHA DIAZ, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS, por concepto del daño material causado, al contribuir con los gastos del proceso arraigado a su hermano, los gastos de Salud adicionales, Gastos de Manutención de la familia de su hermano el DR. EINSINEVER FONTECHA DIAZ.*

*Para el demandante ELIAS FONTECHA ORTIZ, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS, por concepto del daño material causado al sostener económicamente a su hijo el DR. EINSINEVER FONTECHA DIAZ, al consignarle a la cuenta destinada A EL en el INPEC, los gastos de llamadas telefónicas para atender y tener contacto con su familia, amigos y abogados, los gastos de remesas destinadas a favor de su hijo en el INPEC.*

**TERCERA:** *La Nación-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pagará las costas y gastos de la presente conciliación.*

**CUARTA:** *La Nación-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, dará cumplimiento al acuerdo conciliatorio dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a que se apruebe el acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal Administrativo del Meta.”*

## 1.2. Hechos o fundamento del medio de control<sup>2</sup>

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- EINSINEVER FONTECHA DIAZ ejercía como profesional del derecho en la ciudad de Villavicencio.
- La Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio, en razón a unas denuncias presentadas en el mes de agosto de 2007 por el delito de estafa, inició investigación entre otros, contra EINSINEVER FONTECHA DIAZ.
- La Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio en Audiencia Preliminar del 15 de diciembre de 2008, llevada a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con Función de Control de Garantías de Villavicencio, presentó formulación de imputación y solicitó la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de EINSINEVER FONTECHA DIAZ.
- El Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con Función de Control de Garantías de Villavicencio, accedió a la petición de la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio, y en consecuencia, ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario de EINSINEVER FONTECHA DIAZ.
- EINSINEVER FONTECHA DIAZ estuvo privado de la libertad desde el 15 de diciembre de 2008 hasta el 2 de septiembre de 2009; sin embargo, continuó vinculado a la investigación penal adelantada en su contra.

---

<sup>2</sup> Folios 2 a 8 del expediente.

*Radicación:* 51001-2331-000-2011-00429-00

*Demandante:* ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

*Demandado:* NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

- El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, en audiencia de fallo del 21 de junio de 2103, resolvió proferir sentencia absolutoria a favor de EINSINEVER FONTECHA DIAZ.

### **1.3. Fundamento de derecho**

Se citan como fundamento las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 6, 12, 21, 24, 25, 26, 28, 29, 33 y 90.

Ley 270 de 1996: artículos 1, 3, 9, 23, 26, 33, 65, 68 y 99.

### **1.4. Contestación de la demanda**

#### **1.4.1. Rama Judicial**

Contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa que dicha entidad a través del Juez de control de garantías y de conocimiento, se limitó a proferir la decisión que en derecho correspondía, accediendo en ese caso, a las solicitudes presentadas por la Fiscalía General de la Nación, impartiendo legalidad a las actuaciones y finalmente decretando la terminación del proceso a favor del enjuiciado.

En ese sentido, las decisiones que sometieron al actor a la acción penal del Estado, no tuvieron su causa en la actividad del Juez de control de garantías o de conocimiento, por lo que el daño antijurídico alegado no le es imputable a la Rama Judicial, habida cuenta que la entidad actuó dentro de los lineamientos y preceptos legales que para el caso concreto debían aplicarse.

El Juez en la etapa inicial del proceso penal –Ley 906 de 2004- no tiene competencia para realizar juicios de valor sobre la conducta del inculpado, es entonces, la Fiscalía la autoridad que tiene a su cargo ponderar si los hechos puestos en su conocimiento dan o no lugar a la realización de imputación de cargos, conforme lo prescribe el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso bajo estudio, el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, impartió aprobación de esa imputación, por encontrar reunidos los presupuestos exigidos en la Ley, pues estaba soportado en elementos materiales probatorios y en la información legalmente obtenida por la Fiscalía General de la Nación.

Dentro del marco fáctico, no está probado que se haya presentado una privación injusta de la libertad ni tampoco que se esté en presencia de otro título de imputación previsto en la Ley 270 de 1996, como quiera que no existe ninguna providencia contraria a la Ley.

#### **1.4.2. Fiscalía General de la Nación**

Contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando como razones de su defensa que la actuación de dicho ente se surtió de conformidad con la Constitución y las disposiciones sustanciales y

*Radicación:* 51001-2331-000-2011-00429-00

*Demandante:* ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

*Demandado:* NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

procedimentales vigentes para la época de los hechos, la cual no conlleva a una privación injusta de la libertad.

En el presente caso, el Juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura de EINSINEVER FONTECHA DIAZ y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

El Juez es quien tiene que revisar la actuación del ente investigador, por ser el director del proceso penal, siendo así el garante de la legalidad en la investigación, debiendo entonces, tener la plena certeza respecto de la responsabilidad del sindicado para proferir sentencia condenatoria en su contra.

Así las cosas, existe una causal de exoneración para la Fiscalía General de la Nación, la cual se configura con el hecho de que la presunta privación injusta de la libertad de EINSINEVER FONTECHA DIAZ fue ocasionada única y exclusivamente por el Juzgado de Control de Garantías, según lo demuestran las pruebas obrantes dentro del plenario.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de los requisitos exigibles para endilgarle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta<sup>3</sup>, Corporación que la admitió<sup>4</sup>. Las entidades demandadas dentro de la oportunidad legal la contestaron<sup>5</sup>. Se abrió a pruebas el proceso<sup>6</sup> y posteriormente, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para la presentación de los alegatos de conclusión y concepto<sup>7</sup>.

Solo las entidades demandadas presentaron sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en las contestaciones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

## **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

No advirtiéndose ninguna causal que invalide lo actuado, procede a dictarse sentencia.

### **3.1. Competencia**

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA”, de la siguiente manera:

---

<sup>3</sup> Folio 51 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 52 a 53 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 90 a 93; 97 a 103 del expediente.

<sup>6</sup> Folios 216 a 223 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 826 del expediente.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

*“ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”* (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 2 de septiembre de 2011, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

### **3.2. Ejercicio oportuno de la acción**

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo<sup>8</sup>, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos (2) años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad<sup>9</sup>.

En el expediente reposa certificación expedida por el INPEC en la cual consta que EINSINEVER FONTECHA DIAZ estuvo privado de la libertad desde el 15 de diciembre de 2008 hasta el 2 de septiembre de 2009.

Por su parte, a folios 137 a 144 del plenario se observa la providencia del 21 de junio de 2013 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, a través de la cual se emite sentencia absolutoria a favor de EINSINEVER FONTECHA DIAZ, decisión que quedó debidamente ejecutoriada el 28 de junio de 2013. Por tanto, y según la norma mencionada y la jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la demanda podía presentarse hasta el día 29 de junio de 2015,

<sup>8</sup> Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

último que ocurrió tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad.

En el caso objeto de estudio, la parte demandante interpuso la acción de reparación directa el 2 de septiembre de 2011, dentro de los dos años contados desde el momento en que quedó en libertad EINSINEVER FONTECHA DIAZ.

Igualmente, es importante señalar que la parte demandante presentó el día 17 de mayo de 2011, la respectiva solicitud de conciliación extrajudicial, dando con ello, cumplimiento al requisito de procedibilidad exigido en la Ley 1285 de 2009, para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como así consta a folio 42 del plenario, en donde le fue expedida constancia de no conciliación el 19 de julio de 2011.

Así las cosas, la Sala advierte que la presente acción se interpuso dentro del término previsto en la Ley, ya que si bien la parte demandante presentó el medio de control contando los dos años desde el momento en que quedó en libertad EINSINEVER FONTECHA DIAZ, lo cierto es que lo último que ocurrió fue la ejecutoria de la sentencia absolutoria, que lo fue el 28 de junio de 2013.

### **3.3. Problema jurídico**

La controversia consiste en dilucidar, si las entidades demandadas, o una de ellas, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante por la privación de la libertad de EINSINEVER FONTECHA DIAZ ordenada dentro de la investigación que se le cursó por los delitos de ESTAFA y CONCIERTO PARA DELINQUIR, adecuándose luego al último de los mencionados y que culminó con sentencia absolutoria a su favor.

#### **3.3.1. Del régimen de imputación aplicable**

La Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril 2012<sup>10</sup>, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al Operador Judicial de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria<sup>11</sup>.

### **3.3.2. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política**

Sea lo primero señalar, que la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que aquella no estaba en la obligación de soportar y que por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la Ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por la Administración, tornaba en injusta la privación<sup>12</sup>.

Debe aclararse en todo caso, que el mencionado órgano de cierre no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo había declarado en asuntos donde resultaba evidente que se trataba de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trataba de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dictaba una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal<sup>13</sup>.

A pesar de lo anterior, se tiene que dicho criterio jurisprudencial fue modificado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>13</sup> Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión.

Dicha Corporación señaló en la mencionada sentencia<sup>14</sup>:

*“(...) Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil<sup>15</sup>, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.*

*En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.*

*Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.*

*Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.*

*El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello<sup>16</sup>.*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>15</sup> “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

<sup>16</sup> Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

No obstante, se precisa que dicha Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018 fue dejada sin efecto por una decisión de tutela (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 15 de noviembre de 2019, rad. 11001 0315000201900169 01); la providencia de reemplazo ya se produjo por la Sala Plena de la Sección Tercera (M. P. José Roberto SÁCHICA Méndez, 6 de agosto de 2020, rad. 66001233100020110023501, 46947) y si bien en ella no se reiteró el criterio de unificación, conservó el esquema de análisis que aquí se menciona, máxime cuando aquella providencia en vía de tutela (La del 15 de noviembre de 2019), consagró que ella misma “no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”; por ello solo afectó lo que resolvió de manera puntual *inter partes* respecto de la culpa pre y procesal de la víctima para negar las pretensiones en aquel de reparación directa. Así, en la sentencia de reemplazo no se abordó este aspecto, “toda vez que en el presente asunto no se superó el supuesto de acreditar el título de imputación<sup>17</sup>, aspecto que es necesario para el análisis ordenado, y que tal como lo mencionó el mismo juez del amparo, escapa al ámbito de esa decisión”.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018<sup>18</sup>, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad señaló:

**“(…) Conclusiones**

*De conformidad con las anteriores consideraciones se concluye que:*

*Respecto del Expediente T-6.304.188:*

116. *El defecto sustantivo por aplicación de una norma derogada no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.*

117. *La Corte en esta oportunidad ratifica que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico.*

---

**“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA** en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

*En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecuaba al caso concreto.*

<sup>17</sup> Al respecto, en la sentencia del 15 de noviembre de 2019, el juez de tutela señaló: “...se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

118. El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al igual que la sentencia C-037 de 1996, no definen un régimen de imputación concreto.

**119. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo, en aplicación del principio iura novit curia, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.**

120. Definir, una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

**121. Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.**

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados.

122. Se demostró que el Consejo de Estado, cuando expidió la sentencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General contra el fallo expedido por el Tribunal Administrativo de Córdoba aplicó una regla contraria a las directrices establecidas en la sentencia C-037 de 1996.

123. La posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos.

124. De acuerdo con esas premisas, en este caso procede el amparo los derechos a la igualdad y al debido proceso invocado por la Fiscalía General, el cual fue vulnerado por el Tribunal Administrativo de Córdoba y por la Subsección A, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al expedir las sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, al interior del proceso 23001233100020080032001 y, en ese orden de ideas, las mismas se dejarán sin efecto para que en el término de 30 días contados a partir de la notificación de esta sentencia, el citado Tribunal profiera una nueva decisión de conformidad con lo aquí anotado.

Respecto del expediente T-6.390.556

125. El defecto orgánico propuesto no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

*de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.*

*122. El defecto fáctico planteado no se reconocerá en sede de revisión, dado que se superó con el ejercicio del recurso de apelación.*

*123. En el expediente no se encontró acreditada la configuración de un defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente judicial tanto horizontal como vertical.*

*124. Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa. (...)” (Negrilla de la Sala)*

En efecto, la Jurisdicción Constitucional precisó que ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad.

Así mismo, la misma Corte reiteró que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política.

En el mismo sentido precisó que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, y a aquellos en los cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos *erga omnes*, esto es la sentencia C-037 de 1996.

Por último, y no menos importante se tiene que dicha Corporación, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, consideró que en todos los casos en los que se reclamaba la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debía valorarse la culpa exclusiva de la víctima.

Bajo los anteriores parámetros, la Honorable Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen responsabilidad subjetivo como objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política.

De acuerdo con todo lo expuesto, se tiene que la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido,

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, por lo que es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal, y si, por consiguiente fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos. Así entonces, se deberá tener en cuenta si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

### 3.3.2.1. Daño

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, citando a importantes tratadistas, también ha reiterado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>19</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*”<sup>20</sup>; o la “*lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa*”<sup>21</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “*irrazonable*”<sup>22</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>23</sup>.

En cuanto al daño antijurídico, la Jurisprudencia Constitucional en sentencia C-254 de 2003, señala que la “*antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud*

<sup>19</sup>“(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>20</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>21</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>22</sup> “(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

<sup>23</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

o *ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*". Así pues, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional, ha señalado en sentencias C-333 de 1996 y C-918 de 2002 *"que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"*.

De igual manera, la Corte Constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los *"principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución"*.

Debe quedar claro, que es un concepto que también es constante en la Jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente un *"Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"*<sup>24</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>25</sup>, anormal<sup>26</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>27</sup>.

Para demostrar el daño, se tiene que obra a folio 8 del cuaderno de anexos No. 5, orden de captura del 2 de diciembre de 2008, en contra de EINSINEVER FONTECHA DIAZ por el delito de concierto para delinquir y estafa agravada.

Así mismo, a folios 545 a 546 del plenario consta el oficio No. 131-JUR-4255 del 4 de julio de 2017, suscrito por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", en donde se manifestó lo siguiente:

<b>EINSINEVER FONTECHA DIAZ</b>		<b>C.C. 86.051.840</b>	
<b>Fecha de captura</b>	15/12/2008		
<b>Delitos</b>	ESTAFA Y CONCIERTO PARA DELINQUIR		
<b>Fecha de ingreso</b>	15/12/2008		
<b>Establecimiento de ingreso</b>	EPMSC VILLAVICENCIO		
<b>Fecha de salida</b>	2/09/2009		
<b>Tipo de salida</b>	LIBERTAD POR AUTORIDAD		
<b>Autoridad</b>	JUZGADO 2 PENAL MUNICIPAL VILLAVICENCIO-META		
<b>Número de proceso</b>	5000160005672007-02128		
<b>Situación jurídica</b>	SINDICADO - INACTIVO		

<sup>24</sup> Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

<sup>25</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>26</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>27</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Así las cosas, la Sala considera que no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que EINSINEVER FONTECHA DIAZ fue sindicado penalmente y, por ende, privado de su libertad por un lapso de ocho meses y diecisiete días; sin embargo, siguió vinculado al proceso penal hasta que se profirió la sentencia absolutoria a su favor.

Y dicho daño tiene la connotación de antijurídico, porque la libertad se constituye en la esencia y razón de nuestro Estado Social de Derecho. Por ello, que la detención preventiva como medida de aseguramiento en un proceso penal debe ser la excepción, dado que comporta la más intensa afectación.

De allí que la limitación o restricción del derecho a la libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que en principio el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón que imponga tal carga.

En vista de ello, se encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad del Estado.

### **3.3.2.2. La imputación**

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este es imputable o no a las entidades demandadas.

Se recuerda que a juicio de la parte demandante la privación de la libertad a la cual fue sometido EINSINEVER FONTECHA DIAZ debe calificarse como injusta, ya que su presunción de inocencia no fue desvirtuada, por lo tanto, no estaba en el deber jurídico de soportar una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

En el presente asunto, se acreditó que EINSINEVER FONTECHA DIAZ fue vinculado a una investigación penal por los delitos ESTAFA y CONCIERTO PARA DELINQUIR, actuación de la que se encuentra probado con documentos los cuales, a pesar de que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>28</sup>, pues no cuentan con reparos de ningún tipo, se desarrolló el siguiente trámite:

- Solicitud de Audiencia Preliminar del 2° de diciembre de 2008 *-orden de captura-*, presentada por la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio que por el punible de estafa y concierto para delinquir, se le adelantaba entre otros, al indiciario EINSINEVER FONTECHA DIAZ. Ello fue llevado a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con Función de Control de Garantías de Villavicencio, que a través de decisión de la misma fecha accedió a emitir la respectiva orden de captura en su contra (folios 2 a 7 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencia gravada en cd).

- Solicitud de audiencia preliminar del 15 de diciembre de 2008 *-formulación de imputación y medida de aseguramiento-*, presentada por el Fiscal Primero Seccional de Villavicencio ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con Función de Control de Garantías de Villavicencio. En dicha

---

<sup>28</sup> Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

diligencia se le imputó a EINSINEVER FONTECHA DIAZ la conducta penal de CONCIERTO PARA DELINQUIR y ESTAFA, delito cometido con pluralidad de sujetos activos. El Juzgado declaró ajustada a legalidad la imputación de cargos. Además, en relación con la medida de aseguramiento, el ente investigador solicitó la imposición de detención preventiva en establecimiento de reclusión. En vista de ello, el Juzgado consideró:

*“Verificados los presupuestos y requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento solicitada, como quiera que existen elementos probatorios que permiten inferir la autoría y participación del señor EISINIVER (sic) FONTECHA DIAZ, la medida de aseguramiento de detención preventiva cumple con una finalidad, acorde con los contemplados en el numeral 2 del artículo 308, el peligro para la comunidad, se tiene que el artículo 310 CPP determina que hay peligro para la comunidad y será suficiente la gravedad y modalidad. Se tiene que es un hecho grave, de conformidad con la modalidad de la conducta punible. (...). Por lo anterior, se observa que la medida se hace necesaria, proporcional y razonable. Se ordena la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, se ordena la privación inmediata de la libertad de EINSINEVER (sic) FONTECHA DIAZ, se ordena librar la boleta de detención ante el centro Penitenciario de esta ciudad.” (Folios 15 a 18 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencia gravada en cd).*

- Contra la decisión que impuso medida de aseguramiento, EINSINEVER FONTECHA DIAZ solicitó su revocatoria; sin embargo, fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con Función de Control de Garantías de Villavicencio en diligencia del 26 de diciembre de 2008 (folios 37 a 38 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencia gravada en cd).

- Escrito de acusación presentado por la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio en contra de EINSINEVER FONTECHA DIAZ, por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR y ESTAFA, el cual posteriormente fue adicionado (folios 51 a 55; 98 a 101 del cuaderno de anexos No. 5).

- Audiencia de acusación sin allanamiento realizada el día 9 de marzo de 2009 por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, a solicitud de la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio, en contra de EINSINEVER FONTECHA DIAZ. Dentro de la misma, EINSINEVER FONTECHA DIAZ presentó solicitud de nulidad frente a tres aspectos, de los cuales en dos el Operador Judicial se manifestó de manera negativa. Contra dicha decisión, EINSINEVER FONTECHA DIAZ interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido y por tanto, se suspendió la diligencia en curso (folios 113 a 115 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencia gravada en cd).

- El Tribunal Superior de Villavicencio –Sala Penal mediante auto del 23 de junio de 2009, confirmó en todas sus partes la decisión a través de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio no accedió a decretar la nulidad pretendida por EINSINEVER FONTECHA DIAZ (folios 12 a 20 del cuaderno de anexos No. 7).

- Reanudación de audiencia de acusación sin allanamiento realizada el día 14 de enero de 2010 por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, a solicitud de la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio. Dentro de la misma, el Despacho declaró legalmente formulada la acusación a EINSINEVER FONTECHA DIAZ, quien a partir de ese momento adquirió la

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

condición de acusado (folio 194 a 196 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencia gravada en cd).

- Audiencia preparatoria llevada a cabo los días 23 de noviembre de 2010, 28 de enero de 2011, 10 de marzo de 2011, 2 de mayo de 2011 y 27 de julio de 2011 (folios 232 a 234; 237 a 238; 265 a 266 del cuaderno de anexos No. 5 con audiencias gravadas en cd).

- Audiencia de juicio oral llevada a cabo los días 18 de abril de 2012, 20 de abril de 2012, 12 de septiembre de 2012, 9 de octubre de 2012, 28 de noviembre de 2012 y 4 de marzo de 2013 (folios 7 a 9; 45 a 46; 64 a 65; 69 a 70; 76 a 78 del cuaderno de anexos No. 8 con audiencias gravadas en cd).

- Audiencia de acta de lectura de fallo proferido el 21 de junio de 2013 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, mediante el cual se resolvió ABSOLVER a EINSINEVER FONTECHA DIAZ, del delito de concierto para delinquir, ello en atención a las siguientes consideraciones:

*“(…) Como se observa, las anteriores pruebas demuestran, sin lugar a equívocos, que ese dinero exigido por la empresa para la asesoría y acompañamiento de los remates de vivienda, y prometido en devolución si no se concretaba la adjudicación del bien, se consignada a favor de la empresa o se entregaba a algunos empleados de la misma, como fue al señor RIGOBERTO, o a la misma ALEXANDRA, como lo refirió el señor FERNANDO CESPEDES CORONADO o a CATHERINE, como lo dijo el señor ANGELO ALDEMAR BRAVO, a quien le entregó un millón de pesos en efectivo y los otros tres si los consignó, quedando claro que estas personas si concertaron el apoderarse de esos dineros mediante artificios o engaños, pero no involucran de esa manera al aquí acusado. Veamos que informar esos mismos testigos y víctimas de esas estafas, sobre la supuesta intervención del abogado FONTECHA DIAZ en el trámite de obtener ellos el asesoramiento de la empresa para esa obtención de vivienda mediante remate (…).”*

*(…) Es verdad que las referencias que hacen los testigos sobre el abogado **FONTECHA DIAZ**, permiten concluir que él tenía una relación con la empresa CONEXIÓN FINCA RAIZ y que entre sus actividades laborales estaba la de asesorar o acompañar a las personas aspirantes a obtener adjudicación de vivienda en remate, y por eso podría decirse que posiblemente participó en esa concertación que le reprocha la Fiscalía. Sin embargo, esa posibilidad o presunción no pasa de ahí, si tenemos en cuenta que también acompañó con anterioridad al 2007, y por intermedio de la renombrada empresa, a algunos aspirantes a vivienda como fue en el caso del señor CESPEDES CORONADO, quien dice que para el año 2006 obtuvo la adjudicación de una vivienda, habiendo recibido la asesoría del acusado, o la señora JAQUELINE OLIVEROS CARDENAS, quien dio cuenta que en anterior ocasión que intentó la adjudicación de vivienda, con asesoría de esa empresa, al no haber remate, le devolvieron los 4 millones de pesos que había consignado.*

*(…) Si bien es cierto que esa relación del acusado con la precitada empresa, puede indicar la posibilidad de una participación en el delito que nos ocupa, dando hasta mérito para llegar al juicio, como efectivamente sucedió, igualmente queda latente e insalvable posibilidad de que quienes si se aprovecharon directamente de esos dineros, como son YENNY ALEXANDRA ESPINOSA, CATHERINE MUÑOZ y RIGOBERTO RODRIGUEZ, por ser quienes recibieron los dineros de manera directa o a través de consignaciones en cuentas a nombre de los mismos, o como dueños de la empresa, se hayan aprovechado del acompañamiento regular o esporádico que el acusado **Dr.***

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

**FONTECHA DIAZ**, hacía a favor de los aspirantes a obtención de vivienda mediante remate y a la relación que había sostenido con la empresa CONEXIÓN FINCA RAIZ.

(...) La prueba recopilada no alcanza a indicar que al darse ese cambio de proceder por parte de los representantes de CONEXIÓN FINCA RAIZ, desde luego, previa concertación, en esta haya intervenido de manera inequívoca y haciendo suyo ese parecer, el aquí acusado.

Por lo tanto, este Despacho no adquiere el conocimiento más allá de toda duda o con certeza como lo impone el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que el acusado sea responsable de estos hechos y por eso, haciendo eco al sentido del fallo y apartándonos del juicioso análisis de la Fiscalía se absolverá del cargo de concierto para delinquir, que en este asunto se le reprochó al **Dr. FONTECHA DIAZ** (...). (Folios 86 a 95 del cuaderno de anexos No. 8)

Así las cosas, es claro que EINSINEVER FONTECHA DIAZ fue investigado en un principio por la comisión de los delitos de ESTAFA y CONCIERTO PARA DELINQUIR y como consecuencia de ello, privado físicamente de su libertad en atención a la solicitud que la Fiscalía Primera Seccional de Villavicencio - ente instructor- realizó ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con función de Control de Garantías, decisión que se mantuvo hasta el 2° de septiembre de 2009, con la salvedad que FONTECHA DIAZ continuó vinculado de manera formal a la investigación hasta tanto el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio con función de Control de Conocimiento, profirió sentencia absolutoria a su favor.

En ese orden de ideas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de una investigación penal que termina con sentencia absolutoria a su favor, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Debe indicarse, que la investigación adelantada se hizo en vigencia de la Ley 906 de 2004.

La Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” preceptúa entre otras cosas, lo siguiente:

**“ARTÍCULO 275. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA.** Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;

b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;

c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;

d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;

f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;

g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;

h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.”

### **“CAPITULO III. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.**

**ARTÍCULO 306.** El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

**“ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.” (Subrayado de la Sala)

**“ARTÍCULO 310.** Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

3. *El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*

4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.”*

De conformidad con las normas transcritas, se tiene que para la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva era necesario que de los **elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente**, se pudiera inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investigaba.

En ese sentido, se observa que la medida de aseguramiento de detención preventiva que se decretó por parte del Juez con función de Control de Garantías dentro de la audiencia preliminar de formulación de imputación y medida de aseguramiento, se impuso al considerarse que según los delitos investigados la conducta del imputado encuadraba dentro del requisito previsto en el numeral segundo del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que EINSINEVER FONTECHA DIAZ constituía un peligro para la seguridad de la sociedad.

La anterior decisión estuvo sustentada en informes de policía judicial que no solo contenían información recaudada dentro de la labor investigativa por parte de los funcionarios adscritos a dicho ente *-identificación de los involucrados dentro de los delitos investigados, reconocimiento del lugar donde operaba la empresa CONEXIÓN FINCA RAIZ, verificación de las cuentas de ahorro en donde se consignaban los montos para la presunta asesoría dentro de trámite de la subasta, entre otros-*, sino además, de varias denuncias presentadas durante el mes de agosto del año 2007 ante la Fiscalía General de la Nación en contra de FONTECHA DIAZ, en la que los afectados relataban como esa persona a través del ofrecimiento de sus servicios como profesional del derecho *-contratos de prestación de servicios y asesoría particular en la subasta de inmuebles que se llevaban a cabo en los Juzgados Civiles-* les solicitaba la suma de \$4.000.000, de los cuales \$1.000.000 eran en efectivo y los \$3.000.000 restantes en consignación en cuenta bancaria, con el objeto de que fueran beneficiados de una vivienda que se encontraba en trámite de remate. Es decir, no se trató de una prueba obtenida por informantes o producto de aseveraciones de terceros a veces indeterminados, que crean meras suposiciones, sino de quienes resultaron directamente perjudicados por el delito de estafa.

Adicionalmente, el Juez con función de Control de Garantías consideró procedente decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de EINSINEVER FONTECHA DIAZ, en tanto que los delitos investigados eran catalogados como graves ya que se trataban de bienes jurídicos protegidos *-patrimonio económico y seguridad pública de la sociedad-* en donde resultaron afectados por lo menos veintiocho personas, en un monto total aproximado de \$110.000.000.oo.

Así mismo, existía gravedad en la persona que cometió el punible, como quiera que EINSINEVER FONTECHA DIAZ, ostentaba la calidad de profesional del

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

derecho, que imponía ejercer frente a la sociedad un comportamiento ejemplar, acatando las obligaciones previstas en la Constitución y la Ley.

Por último, el Operador Judicial manifestó que estaba debidamente acreditado que contra EINSINEVER FONTECHA DIAZ existían más de siete anotaciones de procesos que se le seguían por los delitos de fraude procesal, estafa, calumnia, extorsión y falsedad, investigaciones que a pesar de que no podían tomarse como antecedentes, sí permitían inferir en forma razonable o probable que el imputado pudiera continuar ejerciendo esa presunta actividad delictiva por la cual era investigado.

De acuerdo con lo antes expuesto, se precisa que para el momento en que se decretó la medida de aseguramiento existían suficientes elementos de juicio que indicaban la posible vinculación de EINSINEVER FONTECHA DIAZ en la comisión de los hechos punibles por los cuales se le investigaban, por lo que la privación de la libertad resultaba razonable.

Circunstancia distinta se hubiere presentado en caso de que la Fiscalía General de la Nación solicitara ante el Juez con función de Control de Garantías la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, no contando para ello, con elementos probatorios suficientes para decretarla. Como por ejemplo, mediando solo un informe policivo elaborado sin evidencias adicionales que permitieran sustentar las imputaciones formuladas en contra de quien tenía la calidad de imputado.

En esos casos, el Honorable Consejo de Estado ha reiterado que los informes de policía, por sí solos, no tienen valor probatorio, pues no han sido objeto de contradicción, en su realización no ha intervenido el procesado y son producto de afirmaciones de terceros; por tanto, no pueden tenerse como única prueba para cimentar *-siquiera-* un indicio grave de responsabilidad en contra de su contra, dado que deben ser corroborados a través de pruebas que le permitan al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Ahora, si bien a EINSINEVER FONTECHA DIAZ le fue proferida sentencia absolutoria penal a su favor por el delito por el cual fue investigado, ello no implica que la imposición de esa medida de aseguramiento de detención preventiva hubiere sido proferida como consecuencia de una irregularidad o arbitrariedad de la autoridad judicial que la decretó. La decisión de absolución se dio luego de una exhaustiva valoración de la participación del implicado en los hechos, pudiéndose llegar a determinar que él no participó en la conducta delictiva en la que sí se demostró lo hicieron otras personas.

En otras palabras, el hecho que el Juez Penal, en aplicación de las particularidades de esa área del derecho, haya determinado que no se había configurado conducta típica que diera lugar a una condena en contra de FONTECHA DIAZ; en nada influye sobre la valoración que puede hacer el Juez Administrativo de la conducta de quien fue investigado penalmente, en el contexto de la responsabilidad administrativa.

Ello entonces, permite concluir que la medida de aseguramiento impuesta en su contra, no resultó irracional y se ajustó a las circunstancias y elementos que fueron valorados por el Juez con función de Control de Garantías, al momento de proferir decisión en tal sentido.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

En relación con la proporcionalidad de la medida de aseguramiento, el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional ha precisado que *“El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva”*.

Así las cosas, la medida impuesta a EINSINEVER FONTECHA DIAZ no desbordó los criterios de proporcionalidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían elementos materiales probatorios en su contra y, además, la medida se justificaba para evitar que estando en libertad pudiera de alguna manera continuar con la actividad delictiva por la cual estaba siendo investigado. Sumado a lo anterior, por la gravedad de la conducta y la persona investigada, en tanto que no solo se trataba de delitos que recaían sobre bienes jurídicos protegidos sino que además, que FONTECHA DIAZ, ejercía como profesional del derecho.

En consideración a lo anterior, es válido afirmar que la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Descongestión con función de Control de Garantías, se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que la medida impuesta a EINSINEVER FONTECHA DIAZ hubiere sido irracional, desproporcionada e ilegal.

Adicionalmente, es importante señalar que si bien se mantuvo privado de la libertad a FONTECHA DIAZ por un período aproximado de ocho meses y diecisiete días, también lo es que atendiendo a las especiales condiciones del caso *-delitos investigados, número de personas vinculadas y afectadas, bienes jurídicos protegidos, material probatorio a recaudar, entre otros-*, la investigación se adelantó respetando los términos establecidos en la Ley denotándose con ello, prontitud para proferir las decisiones judiciales.

Además, no puede dejarse de lado, que EINSINEVER FONTECHA DIAZ, no estuvo privado de la libertad durante todo el tiempo que duró la investigación penal en su contra, sino que con posterioridad la recobró *-2 de septiembre de 2009-* estando solo vinculado a la misma hasta que fue proferida sentencia absolutoria a su favor.

El Honorable Consejo de Estado ha manifestado sobre lo racional, proporcional y legal de la imposición de una medida de aseguramiento mientras se demuestre la necesidad y pertinencia de la misma lo siguiente<sup>29</sup>:

*“(…) Así las cosas, el análisis de las pruebas aportadas a este contencioso, la Sala infiere que la Fiscalía contaba con los dos indicios que el entonces Código Penal le exigía para asignar la medida de aseguramiento, pues el ente acusador infirió los indicios de presencia y mala justificación (aunque en la resolución no*

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia de fecha 29 de julio de 2019. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00582-01(48252). Actor: JAVIER GUTIÉRREZ CRISTANCHO Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

*los denominó expresamente) con los hechos indicadores deducidos del testimonio y reconocimiento en fila de personas efectuado por una testigo y las intervenciones del procesado.*

*(...) De la misma manera, la Sala encuentra que la argumentación que sirvió de sustento a la imposición de la medida de detención fue razonable, claramente respetuosa de los lineamientos que imponía la sana crítica y soportada en un sólido cuadro de indicios que, si bien no alcanzaron el mérito para que el juez profiriera sentencia de primera instancia, sí tenían suficiente fuerza de convicción para determinar la necesidad y la pertinencia de la medida de aseguramiento que soportó.*

*En consecuencia, como la medida cautelar soportada por Javier Gutiérrez Cristancho no vulneró su derecho a la libertad personal en el plano fáctico, se ciñó a la ley y no fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, la Sala concluye que el daño sufrido por aquel no adquirió la connotación de antijurídico. Por tal motivo, es inane abordar los demás problemas jurídicos planteados, relativos a la imputación del daño y el pago de perjuicios y, por ello, se confirmará la sentencia apelada (...).” (Subrayado de la Sala)*

En razón a lo expuesto, no se advirtió una conducta negligente ni descuidada constitutiva de falla en el servicio, de ahí que no sea posible endilgar responsabilidad a las entidades demandadas. Ello por cuanto, de conformidad con lo previsto en la Ley 906 de 2004, la fase de investigación e indagación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, mientras que, la actividad Judicial refiere la intervención del Juez de Control de Garantías durante la etapa investigativa y el Juez de Conocimiento para la de juzgamiento.

Por lo tanto, en los eventos de privación injusta de la libertad de conformidad con el marco normativo de la Ley 906 de 2004, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial, podría atribírseles responsabilidad.

En suma, la sentencia absolutoria a favor de EINSINEVER FONTECHA DIAZ no supone automáticamente que no le asistiera el deber jurídico de afrontar un proceso penal, pues, se insiste, existieron elementos materiales probatorios de su responsabilidad en los hechos investigados, y la medida no fue desproporcionada, arbitraria ni irrazonable.

En mérito de todo lo expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda.

#### **4. Otros aspectos**

**4.1. Costas.** La Sala se abstendrá de condenar en costas<sup>30</sup>, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

**4.2. Comunicación y remisión.** Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público

<sup>30</sup>, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

**Radicación:** 51001-2331-000-2011-00429-00

**Demandante:** ROSA MYRIAM DIAZ CUBIDES Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

## 5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### FALLA

**PRIMERO.- NIEGUENSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO.- ABSTENERSE** de condenar en costas en esta instancia.

**TERCERO.- ORDENESE** que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

**CUARTO.- ORDENESE** que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

**QUINTO.- ORDENESE** que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que este proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha



**LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO**  
Magistrada



**LUIS NORBERTO CERMEÑO**  
Magistrado



**YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO**  
Magistrada